

## Opinion individuelle de M. le juge Jesus

(Traduction du Greffe)

1. J'ai voté pour l'ordonnance et je souscris à sa logique. Toutefois, comme elle n'aborde pas certaines questions qui se posent dans le cadre de la présente demande en prescription de mesures conservatoires, j'ai estimé devoir exposer, dans une brève opinion individuelle, ma position sur ces questions. Celles-ci concernent : la compétence *prima facie* du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, l'urgence qu'il y avait de prescrire des mesures conservatoires, la protection des droits respectifs des parties au différend et, enfin, les mesures conservatoires prescrites par le Tribunal.

Je traiterai ces questions dans cet ordre.

### a) La question de la compétence *prima facie*

2. Pour connaître d'une demande en prescription de mesures conservatoires en attendant la constitution du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII qui a été saisi d'un différend, le Tribunal doit s'assurer qu'un tel tribunal arbitral a, *prima facie*, compétence pour statuer sur le différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention (voir articles 288, paragraphe 1, et 290, paragraphe 5).

3. Pour apprécier si le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII a compétence *prima facie*, il suffit au Tribunal de s'assurer que le différend trouve son origine dans une interprétation ou une application contradictoire par les parties d'au moins une disposition de la Convention et que, sur ce fondement, il est possible ou plausible que le tribunal arbitral se déclare compétent pour connaître de l'affaire, en application de l'article 288, paragraphe 1, de la Convention.

4. En l'espèce, l'Italie a, au cours de la procédure, invoqué plusieurs articles de la Convention qui, selon elle, font l'objet d'une interprétation et d'une application différente par elle-même et par l'Inde en ce qui concerne l'incident du 15 février 2012, dans lequel étaient impliqués le navire *Enrica Lexie*, battant pavillon italien, et le navire de pêche *St. Antony*, immatriculé en Inde, et qui a par malheur entraîné la mort de deux citoyens indiens.

5. Les articles de la Convention dont l'Italie se prévaut pour fonder la compétence du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII comprennent notamment : l'article 87, sur la liberté de la haute mer qui, par le jeu du paragraphe 2 de l'article 58, est applicable à la zone économique exclusive, c'est-à-dire à la zone maritime dans laquelle s'est produit l'incident ; l'article 92, qui dispose que les navires battant pavillon d'un seul Etat sont soumis à sa juridiction exclusive en haute mer ; et l'article 97, qui traite de la juridiction pénale en matière d'abordage ou en ce qui concerne tout autre incident de navigation maritime.

6. D'un côté, l'Italie affirme, en se fondant sur ces articles, que l'Inde a violé la Convention en raison de son « exercice (...) de la compétence au titre de l'incident de l'*Enrica Lexie* » et de son « (...) entrave (...) à la liberté de navigation de l'Italie », de même que par son « exercice (...) de la compétence au titre de l'incident de l'*Enrica Lexie* et à l'égard des fusiliers marins, nonobstant la compétence exclusive de l'Italie à ce titre et, à cet égard, en vertu du fait incontesté que l'incident a eu lieu hors des eaux territoriales de l'Inde ». De l'autre, l'Inde soutient que « le tribunal prévu à l'annexe VII dont l'Italie demande la constitution n'a pas compétence pour se prononcer sur l'affaire qu'elle veut lui soumettre » et que « l'objet du différend ne relève pas du champ d'application de la Convention », en affirmant que « cette affaire n'entre pas dans le champ d'application de l'article 97 » et qu'« il n'y a eu (...) aucun «incident de navigation» ni aucun abordage entre les deux navires » et en faisant valoir, s'agissant des deux navires en cause, que « [c]eux-ci ne sont pas entrés en contact physique, et que l'article 97 de la Convention (...) n'est applicable en aucune manière ».

7. A mon avis, comme le dit l'Ordonnance, certains des articles de la Convention invoqués par l'Italie semblent pertinents pour établir la compétence *prima facie* du tribunal arbitral. Les vues contradictoires des parties sur le point de savoir si ces articles s'appliquent en l'espèce confirment qu'il existe bien un différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la Convention, comme cela est prévu au paragraphe 1 de l'article 288 de la Convention. Un tel différend ne saurait être résolu que par les moyens de règlement appropriés, c'est-à-dire, en l'espèce, par le tribunal arbitral devant être constitué conformément à l'annexe VII. Je suis par conséquent d'avis que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII a compétence *prima facie* et que, par conséquent, le Tribunal peut statuer sur la demande en prescription de mesures conservatoires présentée par l'Italie.

## b) La question de l'urgence

8. Pour prescrire des mesures conservatoires, une fois qu'il a reconnu la compétence *prima facie* du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pour connaître du différend, le Tribunal doit s'assurer que l'urgence de la situation exige la prescription des mesures conservatoires demandées ou celle d'autres mesures appropriées, comme le prévoit le paragraphe 5 de l'article 290.

9. Les principaux arguments dont l'Italie se prévaut pour affirmer qu'il y a urgence reposent sur deux éléments :

- a) la détention ou les restrictions prolongées à la liberté de déplacement des deux fusiliers marins et les effets causés par cette détention ou ces restrictions sur leur état de santé et sur celui de certains membres de leur famille ; et
- b) le préjudice irréparable qui serait causé à l'Italie si la procédure judiciaire interne indienne devait se poursuivre, attendu que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII a été saisi du différend et devra trancher la question de savoir laquelle des parties a juridiction sur le différend relatif à l'incident.

10. En ce qui concerne le premier de ces deux éléments, c'est-à-dire la détention ou les restrictions prolongées à la liberté de mouvement des deux fusiliers marins, qui comprennent des restrictions les empêchant de quitter le territoire indien sans l'autorisation des tribunaux indiens, je suis d'avis que le Tribunal aurait dû conclure que la condition de l'urgence prévue au paragraphe 5 de l'article 290 avait été satisfaite, compte tenu notamment des effets causés sur la santé des fusiliers marins et sur celle de membres de leur famille par une détention sans mise en examen qui dure depuis trois ans et demi.

11. Je partage l'opinion selon laquelle la détention ou l'imposition de restrictions à la liberté de mouvement de personnes qui attendent excessivement longtemps d'être mises en examen pour des infractions pénales, constituent, en soi, des peines sans procès. Dans de telles situations, chaque jour est un jour de trop. Évaluées dans le cadre d'une procédure en prescription de mesures conservatoires, ces situations sont intrinsèquement des situations d'urgence, car les considérations d'humanité sont importantes dans ce cadre-là.

12. C'est pourquoi je crois qu'en l'espèce la condition de l'urgence était satisfaite et que cela aurait justifié que le Tribunal impose des mesures conservatoires prescrivant la libération des deux fusiliers marins ou la levée des restrictions à leur liberté de mouvement imposées par les tribunaux indiens, notamment au vu des garanties données par l'agent de l'Italie dans les remarques qui ont conclu son intervention à l'audience, aux termes desquelles l'Italie a pris l'engagement de remettre les fusiliers marins aux tribunaux indiens si le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII devait décider que l'Inde a juridiction sur le différend relatif à l'incident.

13. Pour ce qui est du deuxième élément, c'est-à-dire le préjudice irréparable qui serait causé à l'Italie si la procédure judiciaire interne indienne devait se poursuivre, attendu que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII a été saisi du différend et devra trancher la question de la juridiction, je suis d'avis qu'ici également, la condition de l'urgence prévue au paragraphe 5 de l'article 290 a été satisfaite.

14. En effet, si l'appareil judiciaire indien devait poursuivre le procès pénal des deux fusiliers marins italiens, cela pourrait causer un préjudice irréparable aux droits de l'Italie, car l'éventuel emprisonnement des fusiliers marins priverait d'effets, voire d'objet, toute décision du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII dans le cas où ce dernier statuerait en faveur de l'Italie sur la question de la juridiction. Cette raison justifie à elle seule l'urgence qu'il y a à prescrire des mesures conservatoires ordonnant à l'une et l'autre des parties de suspendre tout exercice de sa juridiction pénale en attendant une décision du tribunal arbitral.

15. Il est également peut-être plus facile pour l'Inde, à ce stade, de stopper les poursuites pénales des deux fusiliers marins, en permettant à la procédure devant le tribunal arbitral de suivre son cours, plutôt que de le faire à un stade bien plus tardif, où l'éventuel transfert de l'affaire devant une juridiction italienne, si la décision du tribunal arbitral le requiert, s'avèrerait bien plus difficile à réaliser.

16. Pour les raisons qui précèdent, je suis d'avis que la condition de l'urgence, préalable à la prescription de mesures conservatoires, est satisfaite dans les deux cas.

c) **La question de la protection des droits respectifs des Parties**

17. L'Inde soutient que son droit « de pouvoir mener cette procédure à terme » devrait être préservé et que si la première mesure conservatoire demandée par l'Italie était prescrite, « cela porterait gravement atteinte au droit qu'a l'Inde de poursuivre l'examen judiciaire de l'affaire ». Elle ajoute que « [si] la deuxième mesure conservatoire demandée par l'Italie était prescrite, elle (...) équivaldrait à préjuger la décision du tribunal constitué en vertu de l'annexe VII, ou à en empêcher l'application ».

18. Malheureusement, c'est une opinion que je ne partage pas. En réalité, comme je l'ai déjà dit, l'appréciation objective des droits des parties devant être préservés montre que si l'Inde continuait à exercer sa juridiction sur l'incident et que si une décision définitive condamnant les deux fusiliers marins à la prison ou à toute autre peine était rendue par le tribunal indien, cette décision, du fait même qu'elle existe, priverait d'effets toute sentence que le tribunal arbitral prévu à l'annexe VII pourrait prononcer pour trancher la question de la juridiction, s'il statuait en faveur de l'Italie.

19. Pour l'Inde, il pourrait par conséquent s'avérer difficile voire impossible, d'annuler toute décision que le tribunal indien pourrait rendre à l'issue du procès pénal des fusiliers marins. Une telle situation, si elle se produisait, causerait à n'en point douter un dommage irréparable à l'Italie. La poursuite par l'Inde de l'exercice de sa juridiction pénale en l'affaire, en attendant une décision du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, ne protège donc pas les droits de l'Italie.

20. Inversement, et par souci de traiter de façon équilibrée les droits des deux parties, lesquels doivent être protégés de manière égale, il faut se demander quel serait le préjudice irréparable qui serait causé aux droits de l'Inde si celle-ci suspendait l'exercice de sa juridiction sur l'incident et si les fusiliers marins restaient en Italie en attendant la décision du tribunal arbitral sur la question de la juridiction.

21. A mon avis, aucun dommage irréparable ne serait causé à l'Inde dans l'une ou l'autre situation, et ce, pour les raisons suivantes :

- a) Si le procès devant les tribunaux indiens était suspendu en attendant la décision du tribunal arbitral, le droit qu'aurait l'Inde de reprendre ce procès et de le mener à son terme serait préservé en cas de décision du tribunal arbitral favorable à l'Inde sur la question de la juridiction ;

- b) Par ailleurs, si on autorisait les deux fusiliers marins à rester en Italie en attendant la décision du tribunal arbitral, un préjudice irréparable ne serait causé aux droits de l'Inde que si les deux fusiliers marins ne retournaient pas en Inde pour le procès, dans l'éventualité où le tribunal arbitral décidait que l'Inde a juridiction sur l'incident. Ce cas de figure ne se produira pas puisque, comme je l'ai dit, dans la déclaration concluant son intervention, l'agent de l'Italie a solennellement pris l'engagement de renvoyer en pareille éventualité les fusiliers marins en Inde pour y être jugés.

d) **La question des mesures prescrites**

22. Je suis favorable à la mesure prescrite par le Tribunal au paragraphe 141 de son ordonnance, qui dispose : « [1] l'Italie et l'Inde doivent toutes deux suspendre toutes procédures judiciaires et s'abstenir d'en entamer de nouvelles qui seraient susceptibles d'aggraver ou d'étendre le différend soumis au tribunal arbitral prévu à l'annexe VII, ou de compromettre l'application de toute décision que le Tribunal arbitral pourrait rendre ou d'y porter préjudice ». Je l'aurais été tout autant, pour les raisons que je viens d'exposer, à la prescription d'une mesure conservatoire qui aurait permis aux deux fusiliers marins de rester en Italie en attendant la décision du tribunal arbitral prévu à l'annexe VII.

(signé)

José Luís Jesus